

Le gouvernement du soi, de l'identité et des coexistences: une relecture de l'hypothèse biopolitique?

Demetrescu, Matei

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Demetrescu, M. (2015). Le gouvernement du soi, de l'identité et des coexistences: une relecture de l'hypothèse biopolitique? *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, XV(4), 649-668. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-51766-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Le gouvernement du soi, de l'identité et des coexistences

Une relecture de l'hypothèse biopolitique ?¹

MATEI DEMETRESCU

Introduction : l'identité comme objet de la décision

Définir l'identité dans les paramètres de la décision constitue une entreprise intellectuelle qui n'est pas à même de nous étonner outre mesure. Dans un imaginaire social et juridique prônant l'image d'un individu comme être rationnel et comme sujet responsable des droits et obligations, la question de l'identité peut être aisément ramenée à la somme des actions individuelles et de leurs conséquences. Il demeure tout aussi légitime de constater que dans la grammaire de la construction identitaire s'imbriquent toute sorte d'héritages – social, culturel, religieux et biologique. De sorte que le statut social, la religion, les convictions mais aussi le sexe participent à la construction de l'identité de chaque individu. Si les données sociologiques peuvent faire l'objet de modifications à la suite des actions individuelles, la donnée biologique semble demeurer le seul invariant dans l'équation identitaire. Evidence biologique d'abord, le sexe devient, après la naissance, un fait juridique et social et ce en vertu de l'inertie des mécanismes administratifs qui utilisent leurs propres moyens d'identification (l'état civil, les documents d'identité, etc.).

La dimension biologique de l'identité peut cependant devenir extrêmement problématique, dès lors que la morphologie anatomique est, au moment de la naissance, équivoque (c'est le cas des personnes intersexuelles) ou encore dans le cas des personnes transsexuelles, qui se définissent en termes de décalage ressenti entre l'identité biologique et l'identité psycho-sociale acquise.

Dans ces cas, la construction identitaire se déploie sur plusieurs registres, allant de la décision individuelle (notamment celle portant sur un genre défini en opposition avec la donnée génétique) aux techniques propres au gouvernement moderne, dont l'action normalisatrice mobilise des ressources

¹ Cet article a été publié avec le support du Programme Opérationnel Sectoriel Développement des Ressources Humaines (SOP HRD), financé par le Fond Social Européen et le Gouvernement Roumain, le numéro du contrat : POSDRU/159/1.5/S/133675.

juridiques, psychologiques, médicales ou psychiatriques. Entre le gouvernement du soi et celui des (co)existences, entre la décision individuelle sur l'identité fondée dans le genre ou la sexualité et la décision gouvernementale sur un individu-symptôme se jouent tout autant de rationalités et de discours, allant de la biopolitique aux droits de l'homme et de l'autonomie individuelle aux expertises médicales.

L'enjeu de cette démarche sera de décliner les identités de genre sur tous ces paliers de sens. Dans un premier moment, on s'appuiera sur le cas du statut des personnes transidentitaires en France, afin de saisir leur traitement juridique pour le comparer aux principes recommandés par les organisations internationales (l'ONU, l'Union Européenne et le Conseil de l'Europe, l'Organisation Mondiale de la Santé) ainsi que par certaines institutions de l'État français (le Sénat, le Conseil National Consultatif des Droits de l'Homme, la Direction de l'initiative parlementaire et des délégations). Les conclusions de cette analyse nous amèneront à interroger, à partir d'une perspective apparentée à la théorie politique, la capacité proprement politique de la vie biologique. Pour ce faire, nous reprendrons les conceptualisations principales de la « vie » dans la tradition de la pensée politique occidentale. Les conclusions de cette démarche vont affirmer la vocation proprement politique de la décision individuelle en matière d'identité.

La vie saisie par la norme

On peut lire, dans le Décret n° 2010-125 du 8 février 2010, Article 1, que : « Au 4 du I de l'annexe de l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale, les mots : ‘ — troubles précoces de l'identité de genre ; ’ sont supprimés »². Derrière cette norme, autrement cryptique comme tout texte appartenant au jargon juridique, se cache une percée historique dans la relation entre les identités fondées dans la référence au genre et les dispositifs de gouvernement proprement biopolitiques : dorénavant, en France, le transsexualisme n'est plus à compter parmi les « maladies mentales ». Dans les termes, techniques, du *Code de la sécurité sociale*, les « troubles précoces de l'identité de genre » ne représentent plus un « critère médical » utilisé dans la définition des « affections psychiatriques de longue durée »³. Cependant, l'identité de genre représente un problème juridique, social et philosophico-politique qui est loin d'être résolu.

² Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2010/2/8/SASS0926272D/jo/texte>, consulté le 15 juin 2015.

³ *Ibidem*.

Une perspective éthique, sensible à la fois aux dynamiques d'un monde « désenchanté » et aux événements récents ayant marqué la législation française (notamment la Loi du 18 mai 2013, autorisant le mariage des couples homosexuels), ne devrait pas être capable de faire planer l'ombre du « doute raisonnable » sur le processus d'identification individuelle légitimé au moyen du « genre » et, encore moins, le condamner. Encadré dans une logique juridique – à la fois libérale et positiviste – le problème de l'identité de genre devrait renvoyer à la « souveraineté de soi » d'un individu disposant de la liberté de s'inventer et de se définir en rompant avec la tradition, tout en étant le bénéficiaire implicite d'un système juridique amendé à l'image d'un droit qui n'est plus censé prescrire de manière axiologique les articulations identitaires (ou encore celles de l'être-ensemble). La reconnaissance juridique des minorités sexuelles et la protection subacente des existences individuelles et collectives devient possible dès lors que le droit ne fonctionne plus en excluant (et, en occurrence, en criminalisant) une différence fondée dans une conception morale ou dans une pathologie dont le caractère « objectif » est démontré par les acquis de la science médicale moderne. Tel, cependant, n'est pas le cas. Prenant à l'appui le cas des personnes transsexuelles force est de constater, au-delà des discriminations et de l'intolérance (dont l'analyse, en tant que phénomènes sociaux, ne fait pas l'objet du présent article), que l'encadrement juridique de l'individu et de son identité obéit encore à une logique qu'on pourrait qualifier de « biopolitique » au sens fort du terme. Ne pouvant pas esquisser tous les aspects de la transidentité comme fait social et problème juridico-politique, nous nous bornerons dans ce qui suit d'extraire, à l'appui d'un corpus de textes issus par certaines institutions françaises et internationales (telles le Sénat, le Conseil National des Droits de l'Homme, l'ONU, le Conseil de l'Europe) les définitions des concepts centraux employés dans le débat autour de l'identité de genre. La comparaison entre lesdites définitions et la pratique juridique française (notamment dans la procédure de changement du sexe à l'état civil) nous amènera à l'hypothèse d'une dissymétrie entre un discours légitimateur à vocation universelle, prônant l'autonomie du sujet (un sujet, comme on le verra par la suite, souverain sur *son* langage) et un pouvoir qui, incarné par le juge, s'exerce de manière souveraine sur un objet qui ressemble bel et bien à la « vie nue », telle envisagée par Agamben.

Un point de départ opportun dans cette démarche pourrait consister dans l'exposition de la problématique qui s'est tissée autour de l'« identité de genre ». Celle-ci désigne une forme d'identification, dont les ressorts premiers sont de nature « psycho-sociale »⁴ (en opposition avec la donnée biologique,

⁴ Conseil National des Droits de l'Homme (dorénavant CNDH dans les notes), *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, JORF n°0176 du 31 juillet 2013, texte n° 100, paragraphe 1 (1),

inscrite dans le code génétique de tout individu et attestée, telle quelle, après la naissance). Dans le cas des personnes transidentitaires, l'identité de genre ouvre sur une série de problèmes, vu que le syntagme n'est pas codifié par le droit français⁵; dès lors, dans le cas concret d'une personne transidentitaire, ressentant un « décalage »⁶ entre son sexe biologique et son identité psychosociale, la démarche de modification des documents d'identité ou de figure est minée par une impasse de nature juridique et administrative : la mention du « sexe biologique initial », figurant à l'état civil, ne coïncide pas avec le « sexe acquis »⁷. C'est justement ce décalage, entre deux types d'identités, ainsi que sa reconnaissance qui constituent le noyau d'un problème dans lequel se mélangent des réalités sociales et individuelles aux autorités juridiques (et médicales). Essentiel est le constat du bien-fondé de la requête, l'autorité en mesure de le faire et la preuve administrée en ce sens. En l'absence d'une loi spécifique en la matière, la décision sur la modification de la mention sexe à l'état civil est reléguée, en France, à l'autorité judiciaire (le procureur de la République ou le président d'un tribunal de grande instance)⁸. Le système repose sur l'élaboration jurisprudentielle de la Cour de cassation, ce qui fait que les requêtes des personnes transidentitaires dépendent des jurisprudences des différentes cours et, en l'occurrence, des décisions des juges.

De ce fait, les requêtes de modifications de la mention sexe à l'état civil impliquent, pour le moment, une série de procédures dont la durée peut s'éteindre sur plusieurs années, dans lesquelles, hormis les juges, sont convoquées (en fonction de la juridiction) soit des attestations issues par des médecins dont l'autorité dans le domaine est reconnue, soit des expertises supplémentaires (par exemple endocrinologiques et psychiatriques)⁹. L'issue des requêtes est, de la sorte, fluctuante et témoigne d'une grande « instabilité

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027778791>, consulté le 16 juin 2015.

⁵ Le Code pénal emploie le syntagme « orientation ou identité sexuelle » dans l'article 225-1 sur la discrimination. Cf. Code pénal (dorénavant CP dans les notes), Livre II, Titre II, Chapitre V, Section I, Article 225, Modifié par Loi n°2014-173 du 21 février 2014 - art. 15, consulté sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417828&dateTexte=&categorieLien=cid>, le 16 juin 2015.

⁶ CNDH, *Avis sur l'identité de genre...*cit.

⁷ Direction de l'initiative parlementaire et des délégations (dorénavant DIPD dans les notes), *Note sur la modification de la mention sexe à l'état civil*, mai 2012, p. 5, <http://www.senat.fr/lc/lc223/lc223.pdf>, consulté le 16 juin 2015.

⁸ *Ibidem*, p. 6. V. aussi la « Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil », NOR : JUSC1012994C, in *Bulletin Officiel Du Ministère De La Justice Et Des Libertés*, n° 2010-03 du 31 mai 2010, consulté sur http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf, le 16 juin 2015.

⁹ CNDH, *Avis sur l'identité de genre...*cit., paragraphe 18.

juridique », à laquelle s'ajoute le caractère « humiliant et intrusif » des procédures, tel ressenti par les personnes transidentitaires¹⁰.

Le traitement des personnes transidentitaires en France n'est pas, cependant, singulier. Dans treize États-membres de l'Union Européenne (dont la France fait partie), la discrimination fondée sur l'identité de genre est considérée comme discrimination sexuelle, quoique ceci relève, généralement « de la pratique des cours [de justice] et organes anti-discrimination plutôt que d'une stipulation explicite de la législation »¹¹. À l'opposé on retrouve deux États, l'Allemagne et l'Espagne, qui traitent la discrimination des personnes transgenres comme discrimination en raison d'*orientation* sexuelle (et définissant, implicitement, la transidentité en tout autres termes)¹². Néanmoins on est en mesure de constater, à l'appui des notes et recommandations émises par le Sénat, la Direction des affaires de la Justice et du Sceau (DACS) et du Conseil National Consultatif des Droits de l'Homme (CNCD), citées ci-dessus, que le rapport entre les institutions françaises et les personnes transidentitaires est loin d'être considéré comme satisfaisant (dans ses prémisses juridiques et dans ses effets sociaux). La procédure actuellement appliquée aux requêtes des personnes transidentitaires concernant la modification de la mention sexe à l'état civil est critiquée à l'appui d'un corpus de textes¹³, jugements¹⁴ ou encore principes de l'ONU¹⁵. Le mérite de ce corpus se dédouble : il s'agit, d'une part, de condamner toute forme de discrimination en élargissant explicitement leur signifié. D'autre part, et par voie de conséquence, ces textes représentent tout autant d'entreprises herméneutiques dont le résultat consiste (aussi) dans la

¹⁰ *Ibidem*, paragraphes 18 et 19. V. aussi DIPD, *Note sur la modification de la mention...*cit., p. 6.

¹¹ European Agency for Fundamental Rights, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis*, s.l., 2009, pp. 132-133.

¹² *Ibidem*, p. 134. Enfin, onze autres États (parmi lesquels on compte la Bulgarie, la République Tchèque et la Roumanie) s'inscrivent dans une troisième catégorie, en raison d'une législation plus floue, ne traitant le problème de la discrimination transgenre ni comme discrimination sexuelle, ni comme discrimination en raison d'orientation sexuelle. Cf. p. 134.

¹³ Par exemple le document thématique du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg, juillet 2009, consulté sur https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P57_7584, le 19 juin 2015.

¹⁴ Par exemple *Arrêt B. c. France* du 25 mars 1992 et *Arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 de la Cour européenne des droits de l'homme – stipulant la reconnaissance du changement de sexe dans les documents d'identité.

¹⁵ *Les Principes de Yogyakarta sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (élaborés en 2007 et assumés par l'ONU), consultés sur http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.pdf, le 19 juin 2015.

définition précise des termes et concepts aux moyen desquels l'identité de genre est représentée et réfléchie.

Il s'avère que ces définitions sont en mesure, d'une part, de clarifier les réalités multiples réunies sous la notion de « transidentité » ainsi que d'opérationnaliser les dimensions de l'identité et de l'identification, de l'autre. Ces définitions sont cohérentes dans le corpus qu'on a cité. On les résumera brièvement.

Une première distinction est opérée entre les concepts de sexe et genre, ainsi qu'entre les niveaux de réalité qu'ils dénotent. Le sexe est une réalité biologique, prescrite par la codification génétique de chaque individu. À l'exception des personnes hermaphrodites ou intersexuelles, le sexe – masculin ou féminin – est, chez la plus grande partie des individus, aisément observable lors de la naissance. Or, s'il est vrai que « le sexe de la personne est généralement déterminé à la naissance », il est tout aussi vrai qu'il ne « devient un fait social et juridique » que par la suite¹⁶. Autrement dit – et ceci n'est qu'une généralité bien connue par tout citoyen d'un État contemporain compris comme structure rationnelle-légale – le temps et les institutions de gouvernement participent au même processus qui transforme le nouveau-né en sujet juridique, lui prescrivant en premier lieu une identité unique, calquée sur la donnée biologique, à laquelle s'ajoutent un nom et un code d'identification personnel.

Le genre, en revanche, désigne une « réalité sociale » et, plus exactement, les différentes modalités de cette réalité. L'aspect le plus relevant de la distinction entre sexe et genre tient dans l'absence d'une causalité mécanique rigide et étayée sur le mode de la nécessité (autrement dit, d'une causalité biologique ou génétique entre la configuration des chromosomes et la matérialité des corps) chez le dernier. Le genre est, de ce fait, un « artefact », une construction à laquelle participent l'individu et ses semblables au moyen de pratiques et du langage. Le genre apparaît comme relevant de la volonté individuelle et des relations sociales. Ce qui nous indique – là encore un fait qui n'est « surprenant » que dans la mesure où on l'encadre dans le contexte qui est le nôtre, marqué par les techniques de surveillance et de contrôle fonctionnant selon une logique biométrique – que l'identité d'une personne ne saurait être réduite aux apparences physiques ou encore au nom. C'est au moins depuis la fameuse *quaestio mihi factum sum* augustinienne qu'on pense l'individu comme somme de ses actions.

Or, une deuxième distinction, relevante cette fois-ci pour l'identité de genre, est établie par le constat d'un « décalage »¹⁷ possible entre sexe et genre. Ainsi,

¹⁶ Thomas Hamarberg *Droits de l'homme...*cit., p. 4. V. aussi « Introduction » et « Préambule » des *Principes de Yogyakarta...*cit., pp. 6 et 8.

¹⁷ CNDH, *Avis sur l'identité de genre...*cit., paragraphe 1, (1).

« le sexe avec lequel un enfant naît peut ne pas correspondre à l'identité de genre innée qu'il va cultiver en grandissant. C'est *l'expérience intime et personnelle profonde* qu'à chaque personne de son genre, qu'elle corresponde ou non à son sexe de naissance, y compris la *conscience personnelle du corps* et les *différentes formes d'expression du genre* comme l'habillement, le discours et les manières »¹⁸.

L'identité de genre est donc ce concept qui nous aide à saisir le rôle de la volonté subjective et des faits sociaux dans la construction d'une identité personnelle qui peut s'établir par opposition au sexe biologique.

Enfin, une troisième distinction doit être prise en compte (vu le caractère prescriptif et normatif du corpus de textes invoqué, dont l'enjeu est le combat contre toute forme de discrimination), à savoir celle entre identité de genre et orientation sexuelle. Celle-ci est considérée « comme faisant référence à la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus »¹⁹. Identité de genre et orientation sexuelle ne sont pas des concepts synonymes (comme semblent le percevoir les régimes juridiques allemand et espagnol), car ils dénotent des paliers différents de la réalité (le concept de la « réalité » pouvant définir et le vécu intime des personnes, et les modalités juridiques d'encadrement et reconnaissance).

Notons enfin, et par souci de cohérence sémantique, que les adjectifs « transidentitaire » et « transgenre » sont employés de manière interchangeable²⁰.

On peut, en ce point, revenir sur la problématique de la transidentité en France. Au Livre premier (« Des personnes »), Titre premier (« Des droits civils »), au deuxième chapitre sur le « respect du corps humain », le Code civil français en vigueur prévoit, à l'article 16, que « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »²¹. Et, dans le paragraphe suivant, est stipulé le « droit de chacun au respect de son corps » ainsi que le caractère inviolable du corps²². Si, dans la première partie de l'article, on peut lire des concepts dont la nature est, potentiellement, métajuridique (« personne », « dignité ») on retrouve, dans les paragraphes qui suivent, des prescriptions précises dont l'objet n'est pas la « personne » mais le corps.

¹⁸ Thomas Hamarberg, *Droits de l'homme...cit.*, p. 4. Les italiques nous appartiennent.

¹⁹ *Principes de Yogyakarta...cit.*, p. 8.

²⁰ CNDH, *Avis sur l'identité de genre...cit.*, paragraphe 1, (1).

²¹ Code civil, Livre I, Titre I, Chapitre II, Art. 16, consulté sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=FBB24AD5D3A3589A432534EA75568F09.tpdila15v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160125, le 20 juin 2015.

²² *Ibidem*, Art. 16-1.

Inviolable, le corps doit être traité avec respect même après la mort et il ne peut pas faire l'objet d'un droit patrimonial²³. Tout se passe en adéquation avec l'ancienne idée de *dignitas*, dont la fonction est d'envelopper le corps dans un système juridico-institutionnel censé être outre-attente de la portée du temps. Le corps comme réalité a un point de commencement, un *initium* qu'est la naissance mais, une fois dans-le-monde, il bénéficie d'une protection allant au-delà de ses limitations intrinsèquement biologiques. Nul, sauf le juge, n'est autorisé à trancher dans les situations dans lesquelles atteinte est portée au corps de manière illicite²⁴. Légitime, l'atteinte sur le corps humain ou ses parties, ne l'est que dans des « fins scientifiques » ou encore « en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui », et seulement s'il existe un consentement explicite de la personne en cause, formulé de son vivant²⁵.

L'article 16 du Code civil représente, en fait, la traduction juridique d'un foyer de sens qui révèle un aspect essentiel de la politique moderne : une politique devenue désormais « biopolitique », car son sujet privilégié n'est plus exclusivement un individu conçu comme point d'imputabilité des normes juridiques, mais le corps humain dans sa matérialité. Le principe *omnes et singulatim*, propre au pouvoir pastoral que le berger (ou le pasteur d'âmes) exerçait sur son troupeau, au niveau individuel et collectif, est décelable dans les paragraphes suivantes du même article 16 : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine »²⁶. La finalité de la norme est, d'une part, la qualification des sujets en termes de « dignité » et, d'autre part, la protection des corps individuels et collectifs (l'espèce ou, pour employer un concept plus restrictif, la population) contre toute atteinte illicite (dans ses fins et en raison de l'absence du consentement libre et réfléchi). La logique de la protection ou sécurisation des corps, telle ancrée dans la loi, se boucle de manière circulaire sur le temps et le pouvoir du juge.

Cependant, confrontée à cette logique, l'identité de genre ouvre sur un point de fuite. Le caractère souverain du pouvoir du juge est stipulé dans l'article 99 du Code civil : « La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. La rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal »²⁷. Autrement dit, seul le président de la cour ou le procureur de la République ont le droit

²³ *Ibidem*, Art. 16-1 et 16-1-1.

²⁴ *Ibidem*, Art. 16-2.

²⁵ *Ibidem*, Art. 16-3.

²⁶ *Ibidem*, Art. 16-4.

²⁷ *Ibidem*, Livre I, Titre II (« Des actes de l'état civil »), Chapitre VII (« De la rectification des actes de l'état civil »), Art. 99, consulté sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006421496&cidTexte=LEGITEXT000006070721>, le 29 juin 2015.

d'ordonner la rectification des actes de l'état civil et, dans le cas des requêtes des personnes transidentitaires, la modification de la mention sexe. Or, comme on l'a déjà mentionné, en l'absence d'une loi spécifique dans la matière, la décision des instances de justice s'ordonne à la fois à l'élaboration jurisprudentielle de la Cour de cassation et aux précédents composant la jurisprudence de la juridiction locale. Il s'avère que la jurisprudence de la Cour de cassation (composée par deux arrêts du 11 décembre 1992) est, elle-même, restrictive. Son jugement stipulait que

« lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »²⁸.

Deux aspects doivent être retenus en ce point.

Premièrement, la mention du « traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique ». Posée dans ces termes, l'identité du genre relève d'un caractère très particulier, à savoir d'une pathologie ; seul un but thérapeutique peut justifier le changement d'identité – le genre acquérant des valences plutôt médicales que sociologiques. Or, ce changement ne peut s'accomplir pleinement et être, par la suite, reconnu par l'État, que dans le cas d'un processus invasif et irréversible sur le corps, à savoir « l'ablation des organes génitaux d'origine et leur remplacement par des organes génitaux artificiels du sexe revendiqué (opération de réassignation sexuelle) »²⁹. Ici encore, le fait que la France ait traité l'identité de genre en termes médicaux ou pathologiques n'est pas inédit. Jusqu'au décret du 8 février 2010, cité au début de ce chapitre, le transsexualisme était encadré dans la liste des maladies mentales, en concordance avec la « Classification des troubles mentaux et du comportement » établie par l'Organisation Mondiale de la Santé en 1993³⁰. Ce qui importe est que l'irréversibilité même du processus de changement de sexe

²⁸ Cass. ass. plén. 11 déc. 1992, arrêts n° 1992-002867 et n° 1992-02595 apud DIPD, *Note sur la modification...*cit., p. 6.

²⁹ « Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil », cit.

³⁰ World Health Organization, *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders. Diagnostic Criteria for Research*, Geneva, 1993, p. 163, consulté sur <http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf>, le 2 juillet 2015. Il est néanmoins vrai que l'OMS a nuancé ses positions à l'égard de l'identité de genre, comme par exemple dans le programme « Gender and Genetics » (consulté sur <http://www.who.int/genomics/gender/en/#>, le 2 juillet 2015) ou encore dans le chapitre « Orientation sexuelle et identité de genre » du rapport *Sexual Health, Human Rights and the Law* de 2015 (consulté sur http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984_eng.pdf?ua=1, le 2 juillet 2015).

(et non pas le décalage ressenti par les personnes transgenres, pouvant revêtir des formes plus larges et variées) constitue la preuve relevante pour les cours, le mobile du bien-fondé d'une requête de modification de la mention sexe à l'état civil. Pour que cette dernière puisse être admise, il faut que l'identité du genre se décline comme changement effectif du sexe, nonobstant le fait que ce changement survient par intervention chirurgicale ou par administration de traitements hormonaux. Son caractère doit être nécessairement irréversible.

Formulé en tant que conclusion provisoire, un bilan s'impose suite à cette analyse : dès lors que seuls le juges détiennent le pouvoir légitime de trancher dans les requêtes de personnes transidentitaires et que, de surcroît, leur décision est d'autant plus autoritaire qu'elle s'appuie sur l'élaboration jurisprudentielle des juridictions locales, on est en présence d'un conflit, à la fois juridique et philosophico-politique, qui pourrait être qualifié de « conflit des souverainetés ». Ce que Jean B. Elshtain dénommait la « souveraineté du soi »³¹ (mais qu'on pourrait appeler, dans ce contexte, tout aussi pertinemment l'autonomie individuelle) est invalidée par une autre souveraineté, celle du juge appelé à décider sur une exception. Or, ce faisant, le juge exige une inscription visible et irréversible sur les corps, agissant selon une logique bio- ou anatomo-politique dont l'enjeu n'est pas l'institutionnalisation de la diversité et le démantèlement de la discrimination, mais une « normalisation » des corps censés pouvoir être inscrits, sans équivoque, dans la typologie binaire du sexe, tel défini par le droit. Force est de constater que la détermination biologique l'emporte sur la rationalité sociale et sociologique, présidant de la sorte à un système juridique qui continue de fonctionner, dans le cas des personnes transidentitaires, en prescrivant les identités (proprement sexuelles). Le caractère incomplet du système juridique dans la matière permet un processus qui prend à rebours la logique du positivisme kelsenien, en inférant les normes des faits (en procédant, autrement dit, par induction à partir de « ce qui est », *das Sein*, vers « ce qui doit être », *das Sollen*). L'autorité proprement « déontique » du juge, découlant des normes-mêmes, ouvre dans ce cas concret vers un exercice de l'autorité dont la nature est différente, s'apparentant plutôt à l'autorité épistémologique qui s'actualise dans le raisonnement compétent d'un sujet en dehors ou malgré la fonction qu'il détient. La première hypostase de l'autorité renvoie à l'importance et aux fonctions de l'institution : l'institué, dans cette acception, doit perdurer dans le temps et s'actualiser en permanence en dépit de la personne. La deuxième hypostase, n'étant pas mutuellement exclusive par rapport à la première, fait valoir quand même (et toujours dans le contexte analysé) un certain exercice de la raison individuelle. La relation de pouvoir dans laquelle sont encadrées les requêtes des personnes transidentitaires peut être saisie sur ce double tranchant – d'une autorité épistémique (ou d'une

³¹ Jean Bethke Elshtain, *Sovereignty: God, State, and Self*, Basic Books, New York, 2008.

série d'autorités similaires, vu le concours exigé des médecins, psychiatres, etc.) s'exerçant sur un certain champ discursif et organisant, par la suite, un espace de possibilités, mais aussi d'une décision souveraine qui permet ou exige l'inscription des corps pour *se* justifier.

Le deuxième aspect qu'il faut retenir des arrêts de la Cour de cassation est que la justification du changement de la mention sexe à l'état civil, la seule légitimation (stipulée explicitement) qui rend envisageable ce changement pour les personnes transidentitaires est « le respect de la vie privée »³². Il est certes vrai que ce principe, stipulé dans l'Article 9 du Code civil, n'est rien d'autre qu'un droit fondamental, dont l'existence doit être, normalement, garantie par la Constitution (et qui ne doit pas être confondu avec d'autres catégories de droits, tels les droits politiques ou sociaux). Cependant, si on extrait l'argumentation du cadre heuristique étroit du constitutionnalisme, en l'encadrant dans une perspective présidée par une logique propre à la théorie politique, des conclusions pour le moins inquiétantes s'imposent. Car tout se passe comme si l'identité (comprise en tant que construction, perméable aux aléas du temps et dépendant, dans une certaine mesure, de la volonté subjective de l'individu) n'a qu'une relevance « privée ». Compte tenu de la logique des arrêts, calquée sur une rationalité à la fois médicale et légale, l'argumentation mettant en exergue la protection de la vie privée s'explique de manière assez simple : dès lors que la transidentité est un problème au premier chef médical, les effets des interventions (juridiques et médicales) ne peuvent affecter que des individus singularisés et singuliers. Outre le fait qu'une erreur logique (ou *idéologique*) pourrait être imputée à cette forme de raisonnement (sachant que la maladie ou la symptomatologie apparaissent après l'observation d'une série de cas semblables, qui peuvent être regroupés dans une population au moyen d'un encadrement objectif et ce, d'autant plus à l'âge de la santé publique – ce qui nous confirme l'hypothèse selon laquelle on est en présence d'une logique biopolitique), on est en droit de s'interroger sur la vocation proprement *politique* de l'identité de genre. En quelle mesure la vie-même telle définie par les personnes transidentitaires détient-elle la capacité de s'extraire de l'emprise de la norme, pour en créer et valider son propre discours ? Existe-t-il un rapport au soi (au corps et à l'identité) et aux autres susceptible d'influencer les prémisses politique de l'être-ensemble démocratique ?

La norme saisie par la vie

La question ayant marqué peut-être avec la plus grande force la conception moderne (et contemporaine) de l'être-ensemble est si « la liberté en

³² DIPD, *Note sur la modification...*cit., p. 6.

général ne commence pas précisément là où cesse le politique, en sorte qu'il n'y a précisément plus de liberté là où le politique ne trouve nulle part sa fin et ses limites » ?³³. Cette question demeure relevante pour notre propos si on se souvient que la modernité réinvente le partage entre politique et liberté, assignant à la première une finalité bien précise, à savoir la *sécurisation* de la seconde³⁴. Ce faisant, le passage à la modernité marque un point de césure par rapport à la logique originaire du politique, celle de la cité grecque et de la République Romaine. La politique était, dans l'Antiquité gréco-romaine, synonyme avec la faculté d'agir des hommes libres et égaux ; la liberté, conséquemment, n'était rien d'autre que la faculté d'agir. Or, la liberté des Modernes est entendue le plus souvent comme « liberté privée », « négative » ou « liberté-autonomie » qui, définie en premier lieu par les théories politiques jus-naturalistes en termes d'un espace au sein duquel s'exercent les droits naturels du nouveau sujet politique (l'individu), sera placée outre la portée d'atteinte du pouvoir politique. La liberté commence, donc, là où le politique (entendu désormais comme seul apanage du gouvernement) finit. À la fin de ce processus, la vie humaine dans sa « nudité » se voit élevée à une dignité dont elle n'avait jamais joui auparavant. Car, pour les Anciens, la politique commençait là où la vie de l'homme-espèce finissait. L'existence politique présupposait la capacité d'affranchissement du domaine « privé » qui était, lui, marqué par la nécessité. La nécessité de la vie biologique et la faculté d'agir de l'homme porté par sa propre volonté étaient deux concepts mutuellement exclusifs. Il s'avère donc que la pensée politique occidentale s'invente le long de cette ligne de démarcation, séparant la cité en deux *topoi* – celui de l'agir et de la politique et l'autre, de l'*idiotie* de la maisonnée.

Si la politique moderne et contemporaine a encore affaire à l'agir libre (ce qui nous suggèrent les mêmes théories qui, définissant la liberté négative comme droit fondamental, la font dépendre d'une autre liberté, positive cette fois-ci, qui se traduit par le droit de cité dont tout citoyen devrait normalement pouvoir bénéficier) on se retrouve dans une certaine impasse dès lors qu'on essaye d'encadrer des concepts tels genre, sexe ou orientation sexuelle dans une logique proprement *politique*. Ce sur quoi on est amené à réfléchir est la capacité de la vie, telle définie dans les termes propres aux personnes appelant au genre ou à l'orientation sexuelle pour s'identifier, de percer la norme, de déplacer la logique normalisatrice des pouvoirs gouvernementaux contemporains, tout en acquérant une vocation politique et une relevance qui se déploie au-delà de l'espace privé. Ce qui nous importe est, en fin de compte, de

³³ Hannah Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, trad. Carole Widmaier et al., Seuil, Paris, 2014, p. 65.

³⁴ *Idem*, « Qu'est-ce que la liberté », in *La crise de la culture*, trad. Patrick Lévy et al., Gallimard, Paris, 1972, pp. 194-195. V. aussi Frédéric Gros, *Le principe sécurité*, Gallimard, Paris, 2013, pp. 95 sqq.

savoir si les formes-de-vie qu'on vient de décrire dans le chapitre précédent peuvent produire leur propre langage et modifier l'espace politique qui structure la cité (sans altérer les principes fondamentaux de celle-ci).

Si on approchait le problème en termes métajuridiques, sous la forme d'une prescription morale ancrée dans la logique des droits de l'homme tels qu'ils sont institutionnalisés sur les paliers nationaux et supra-étatiques, on serait à même de résoudre l'impasse à travers un syllogisme plutôt facile. Si toute discrimination fondée sur le sexe, le genre, l'orientation sexuelle est interdite car portant atteinte à certains droits fondamentaux ; si l'ordre juridique n'est pas tenu d'établir le caractère authentique d'une identité acquise par l'établissement de la supériorité de la donnée biologique de l'individu ; s'en suit que tout système juridique qui n'applique pas les droits de l'homme est, *de facto*, injuste car produisant et perpétuant, volontairement ou non, toute une série de discriminations. Cependant, cet argument nous apparaît en quelque sorte fallacieux car reléguant l'identité du genre dans l'espace privé. C'est en ayant le droit à l'intimité et à l'intégrité du privé qu'on est en mesure de jouir du droit à définir nos identités par référence à la sexualité ou au genre. Or, allant à rebours de cette logique, on se demande en quelle mesure les individus puissent transformer ce droit négatif en droit positif, accordant ainsi à l'identité (qui se construit d'ailleurs dans le partage entre l'individuel et le collectif) une valence proprement politique ?

Pour ce faire, on doit retourner à la définition que les philosophes grecs donnaient à la vie. Il s'avère que la connotation de « la vie » n'était pas médicale ou scientifique, mais plutôt philosophique et politique³⁵. La ligne de partage de la cité était aussi établie en raison de deux acceptions de la vie. *Bios*, d'une part, la vie qualifiée pour la politique et *zoe*, de l'autre, la vie végétative, la vie naturelle de l'espèce³⁶. Si on se réfère aux relations intimes, à la sexualité (plutôt qu'au genre) on observe que le problème politique de celles-ci peut être retrouvé dans l'articulation de la théorie politique occidentale. Les rapports intimes (dont la sexualité) s'établissent, certes, entre-les-hommes, mais ne supportent pas l'attribut « politique » (tel n'étant pas, par exemple, le cas de la *philia*, de l'amitié). Circonscrite dans l'espace privé, l'intimité et les rapports possibles au soi qui en découlent n'existent pas dans l'horizon de la politique, pour autant que cette dernière garde son acception (négative – d'affranchissement du domaine de la nécessité).

Inscrite dans le *topos* de la vie humaine comme *zoe*, la sexualité demeurera enfermée dans l'« idiotie » d'un espace privé anhistorique (car gouverné par les cadences de la nécessité biologique et chargé d'assurer, de la

³⁵ Giorgio Agamben, *L'usage des corps. Homo Sacer IV.2*, trad. J. Gayraud, Gallimard, Paris, 2015, p. 271.

³⁶ Hannah Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité ? », in *La crise de la culture*, cit., pp. 152-155.

sorte, la perpétuation de l'espèce) et dépourvu de conséquences pour l'identité individuelle du sujet (pour autant que celle-ci a pu exister en dehors des actions, dont le caractère est éminemment éphémère, à travers la mémoire et la capacité humaine de se souvenir). Ce n'est pas la théorie politique antique, mais le christianisme qui transforme l'intimité en ressort relevant pour l'individu. Le pouvoir pastoral a été innovateur en ce qu'il s'exerçait « sous la loi », à travers un réseau de relations de pouvoir dont le propre fut de prendre en charge tous les aspects de la vie du croyant, y compris les plus intimes³⁷. La pastorale chrétienne est un prédécesseur du gouvernement moderne en ce qu'elle prend pour objet la vie – à la fois de la multiplicité mouvante du troupeau, mais aussi de l'individu singulier. En institutionnalisant la direction des consciences, le christianisme participe à la création du sujet moderne – caractérisable non pas seulement en termes de droits et obligations juridiques, mais aussi comme cible d'intervention du pouvoir sur sa naturalité-même. De plus, l'aveu chrétien obéit à un certain degré à la même logique que le libéralisme juridique moderne qui conçoit la société comme somme des individus singuliers et responsables devant le droit pour leurs actions. L'aveu du péché est une technique de pouvoir qui produit un sujet qui se représente comme responsable pour ses faits et gestes, même les plus intimes (ses actions le définissant dans ce monde, par adéquation aux vertus ou à la loi et déterminant une sort qui s'étend au-delà de sa mort physique). Ce qui importe de retenir est le passage de la vie biologique, de l'ordre de la nécessité anonyme au statut de déterminant du sujet et d'objet privilégié du gouvernement moderne.

Gouverner, cependant, n'implique pas exclusivement une (autre) ligne de césure entre le domaine des choses politique et celui des libertés privées (telle qu'elle fut tracée par le libéralisme juridique). Le gouvernement moderne s'articule dans une nouvelle relation à la norme, qui excède les cadres du juridique. En utilisant les méthodes et techniques des sciences modernes (la biologie, la statistique, la médecine) et s'ordonnant selon les principes d'une économie devenue politique, le gouvernement moderne entend « normaliser » – identifier, autrement dit, une courbe optimale de distribution des phénomènes (des hommes dans leur rapports aux autres et aux différentes « choses », telles le territoire, la maladie, le chômage, de la pauvreté³⁸). Avec l'invention du gouvernement, le pouvoir moderne acquiert une vocation inédite car il s'exerce non pas sur le mode, prohibitif, de la souveraineté classique, mais aussi de manière productive sur des sujets individuels et collectifs déjà constitués autour de la « norme »³⁹. À l'ancien pouvoir de « faire mourir » s'ajoutent,

³⁷ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, Gallimard, Paris, 2004, pp. 129-134 et 167-188.

³⁸ *Ibidem*, pp. 91-119 (la leçon du 1^{er} février 1978, sur la « gouvernementalité »).

³⁹ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité I : La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, pp. 181-182.

complémentairement, un pouvoir s'exerçant sur les individualités singulières, en les disciplinant et un autre pouvoir, productif cette fois-ci et ayant comme objet la vie des populations. La vie, qui était à l'âge classique le point de prise du pouvoir souverain, se trouve désormais objectivée dans deux types de normalisation – l'une, qui fonctionne à l'image des « corps dociles » tandis que l'autre renvoie à un pouvoir « biopolitique », positif, visant la gestion, la majoration, la multiplication, le contrôle précis et la régulation de l'ensemble des processus vitaux⁴⁰.

L'analyse foucaldienne du pouvoir moderne comme emprise productive sur la matérialité de la vie est utile, à titre de comparaison, par rapport à quatre autres perspectives.

En premier lieu, par rapport à la perspective de la théorie politique classique et du partage, binaire, entre public et privé. L'hypothèse biopolitique révèle les limites du discours normatif, prônant l'autonomie de l'espace privé par rapport à la politique et au gouvernement.

En deuxième lieu, une telle étude du pouvoir moderne (et de son emprise sur les aspects les plus intimes de la vie) gagne toute sa pertinence une fois comparée aux théories juridiques et aux philosophies du droit. Selon ces dernières, les lois et les normes juridiques ont la vocation de structurer le monde et l'être-ensemble des individus, en établissant le partage entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. L'enjeu, résumé brièvement dans son essence, consiste à établir un système de légitimation du droit (qui aura des conséquences sur les espaces de possibilité de l'agir). Rapportés aux enjeux du sexe, sexualité et genre, les théories juridiques peuvent être divisées en deux catégories. Dans l'acception positiviste, de facture kelsenienne, le droit est un artifice humain, faisant système de façon autarchique par rapport à la morale et la philosophie, et ordonné au seul principe de la cohérence interne. Dans le miroir d'une telle conception du droit, « tout est possible », y compris la reconnaissance de la décision individuelle sur le changement du sexe (ou encore l'institutionnalisation du mariage entre les personnes de même sexe). La conception positiviste du droit (un droit, il faut le souligner, imperméable aux déterminations de la tradition ou encore de la donnée biologique) joue en faveur de l'individu et de ses choix. Ce n'est pas surprenant que certains positivistes, tels Marcela Iacub en France, confèrent à leurs exégèses une vocation (implicite) militante.

L'autre lecture, jusnaturaliste ou apparentée à une certaine philosophie du droit, conçoit la vie humaine et termes de finalité – dans le cas de la vie individuelle s'agissant de la dignité, dans la vie commune des couples, de la procréation. Cette vision n'est pas nécessairement incompatible avec les valeurs de l'individualisme libéral ou avec la libéralisation (au sens de

⁴⁰ *Ibidem*, p. 180.

dépathologisation) de la sexualité ou de l'identité de genre. Ce qui pose problème est le partage entre public et privé : les choix en matière d'orientation sexuelle ou d'identité de genre sont libres car appartenant et se consommant à l'intérieur du domaine privé de l'existence – tel garanti et protégé par la Constitution. Dès lors que le problème se pose en termes d'institutionnalisation et de reconnaissance dans l'espace public, certains auteurs (par exemple Irène Théry) exposent une vision du mariage et, en l'occurrence, du fonctionnement juridique des couples ordonnée à une finalité métajuridique. Ainsi, le mariage est défini comme l'union consensuelle entre deux personnes de sexe différent et avec la finalité implicite de la procréation.

Une troisième perspective qu'on saisit par rapport aux études foucaaldiennes est celle de la sociologie ou de l'anthropologie. Dans cette optique, l'organisation de l'intimité est liée à ce qui est « socialement acceptable ». Cependant, la société n'est pas une entité homogène, pourvue d'une volonté et d'une « voix » propres ; la tâche de dire ce que la société est en mesure d'accepter ou non revient dans la charge de l'enquête scientifique. Le problème de ces perspectives est qu'elles sont susceptibles de mobiliser de manière implicite un jugement de valeur (malgré leur prétention à la neutralité axiologique) ou d'être instrumentalisés. Une étude sur le « degré de tolérance » dans une certaine culture politique peut tout aussi bien être lue comme un indicateur de l'intolérance (de sorte que l'hypothèse prescriptive indique la tolérance et l'absence de la discrimination comme valeurs que les sociétés démocratiques doivent promouvoir).

Enfin, une dernière perspective est celle, déjà mentionnée, de la philosophie des droits de l'homme. Normative dans son articulation, celle-ci est sensible aux droits fondamentaux – tels la liberté de l'orientation sexuelle ou de l'auto-détermination en termes d'identité de genre.

Toutes ces perspectives nous signalent que la vie humaine, des corps et des populations, est prise dans les « mailles » d'un pouvoir s'exerçant de différentes façons et sur plusieurs paliers de sens et niveaux de réalité. En quoi cela puisse nous être utile, compte tenu de l'intention de notre analyse ?

La description entreprise au premier chapitre pourrait être interprétée comme le conflit entre les identifications puisant leurs ressorts du genre et de l'orientation sexuelle et les dispositifs juridiques et biopolitiques qui prennent en charge la vie humaine dans sa corporalité. Or, la biopolitique peut être lue pour le moins à travers deux perspectives différentes. D'une part, la perspective pessimiste d'un Giorgio Agamben, qui voit dans la biopolitique un exercice du pouvoir s'exerçant sur la « vie nue »⁴¹ (une vie menacée d'être rabaissée au

⁴¹ Giorgio Agamben, *Homo Sacer I : Le pouvoir souverain et la vie nue*, trad. M. Raiola, Seuil, Paris, 1997 et *Idem, Ce qui reste d'Auschwitz. L'archive et le témoin. Homo Sacer III*, trad. P. Alfieri, Payot&Rivages, Paris, 2003.

statut de *zoe*). D'autre part, une perspective plus fidèle aux hypothèses de Michel Foucault – celle, par exemple, de Thomas Lemke⁴² – encadre les dispositifs biopolitiques dans la rationalité de la gouvernementalité. Ce faisant, la biopolitique est définie comme la modalité d'un pouvoir qui prend des formes diverses, toujours susceptibles de modifier leurs valences. Dans cette optique, le pouvoir n'apparaît comme un vecteur ayant un sens unique et s'exerçant de haut en bas, des institutions de gouvernement vers la société civile. La distinction même, classique dans la science politique, entre État et société civile est relativisée : le fonctionnement du pouvoir est sensible à la fois aux intentions programmatiques ou juridiques qui constituent son ressort, mais aussi aux réactions possibles des objets visés (surtout quand ces réactions sont imprévisibles)⁴³. Autrement dit, cette optique est sensible aux « révoltes des conduites » ce que nous permet de revaloriser la théorie politique en toute cohérence avec ses termes.

De sorte que la liberté peut être retrouvée dans le refus des dispositifs de normalisation. La négativité définie par le pouvoir comme anormalité se transforme, de manière quasi-dialectique, en ressort de l'action – susceptible de reconfigurer le partage entre le public et le privé.

L'aveu et le témoignage ne sont plus à saisir dans la logique classique de la subjectivation mais comme sources productives de cadres inédits de possibilité et sociabilité. Le témoignage public extrait l'orientation sexuelle et l'identité de genre de l'espace privé. Les expériences deviennent ainsi communes et publiques et sont à même de générer un langage propre, sanctionné par le droit.

Enfin, et par voie de conséquence, on peut repenser la tolérance – de la condescendance d'un pouvoir qui se permet d'être ignorant (en choisissant de « normaliser » certains aspects des existences individuelles en les reléguant dans l'espace, protégé mais anonyme, du privé et de l'intime) à une politique redéfinie selon des paramètres perméables.

Conclusion : l'identité du genre et les droits de l'homme comme politique

Si on devrait revenir sur les lignes du premier chapitre, le long desquelles on a insisté sur les différentes modalités d'encadrement juridique des

⁴² Thomas Lemke, *Biopolitics : An Advanced Introduction*, New York University Press, New York, 2011.

⁴³ *Idem*, « Foucault, Governmentality, and Critique », *Rethinking Marxism*, 14 (3), 2002, pp. 49-64.

identités fondées dans le genre ou l'orientation sexuelle (ainsi que les mutations qu'ont subi les méthodes et les techniques de gouvernement les ayant pour objet), on devrait poser encore une fois le problème de la loi. Si on s'accorde sur la prétention de celle-ci à l'universalité, on peut questionner son efficacité. Autrement dit, on peut interroger la loi et la norme juridique à l'aune de ce qui « échappe » à leur emprise.

Dans le cas des personnes transidentitaires en France, l'absence d'une loi spécifique dans la matière relègue au juge la décision sur l'identité de genre. On a pu constater que la décision résulte d'une série d'arguments, allant de la jurisprudence des juridictions aux arguments sociologiques, psychologiques et médicaux.

Dès lors que le système ne peut pas fonctionner selon la logique classique, liant la loi à l'interdiction ou à la sanction, les juges se voient pourvus d'une vocation délibérative qui excède les cadres classiques d'un système juridique continental. Cependant, le juge demeure, en tant qu'institution, le possesseur d'une certaine rationalité et d'un certain pouvoir. On a souligné le fait que, dans les requêtes des personnes transgenres ou transsexuelles visant la modification de la mention sexe à l'état civil, la rationalité de l'instance judiciaire n'est pas entièrement juridique – le bienfondé de la requête devant être soutenu aussi par des arguments médicaux ou psychologiques. De sorte que, pour le moment, la donnée biologique l'emporte sur la décision autonome de l'individu sur sa propre identité – au moins en raison de l'exigence d'un changement permanent et irréversible, produit par des méthodes médicales plus ou moins intrusives. Ainsi, la dimension souveraine de la décision judiciaire (liant l'intervention sur la matérialité du corps au processus d'identification) semble prévaloir sur la raison du juge fonctionnant normalement comme une sorte d'*automaton* du système de droit. On pourrait conclure que l'*Auctoritas facit legem* (contrairement à la logique positiviste, selon laquelle la loi et le système juridique produisent l'autorité, impersonnelle et rationnelle-légale, du juge).

Mais le célèbre adage repris par Hobbes est « *Auctoritas, non veritas facit legem* ». On a pu voir que, dans le problème de la transidentité, deux formes de vérité s'opposent à la modalité de fonctionnement de l'autorité du juge. D'une part, une *Veritas* matérialisée dans les déclarations des droits de l'homme – qu'on pourrait comprendre comme principes métajuridiques, relevant d'une forme de Vérité à vocation universalisable. D'autre part, une vérité qu'on pourrait comprendre en tant que principe sociologique, produit par la connaissance de soi et la relation au propre corps de l'individu. La *veritas*, immanente et contingente, découle de la dimension proprement sociale de l'identité.

Si on essaye de conjuguer les deux types de vérité on peut avancer l'hypothèse que la première forme de Vérité peut s'ériger en principe légitimateur de la seconde, pour autant que l'identité de genre est extraite de la

tutelle du pouvoir médical et de toute définition en termes de pathologie – fut-elle médicale, sociale ou encore morale.

Cependant, afin de saisir la dimension et la vocation proprement politiques de la transidentité, on doit reconsidérer les droits de l'homme, dans leur vocation et fonctionnement. Dans le sillage de Montesquieu, on peut envisager les droits de l'homme comme « principe », dont le propre est d'« inspirer » une certaine construction, sans que son exercice se plie sur la logique de la causalité directe. Il demeure tout aussi relevant le fait que les droits de l'homme ne devraient pas être envisagés en tant que « sanctuaire moral », coupé du monde politique (et, encore moins, les droits monadologiques des individus aliénés, solitaires et mus uniquement par leur propre intérêt⁴⁴). On peut avancer dans cette logique et constater, avec Claude Lefort, que « l'homme ne saurait être légitimement assigné aux limites de son monde privé, qu'il a de droit une parole, une pensée publiques »⁴⁵. Cette logique du caractère public du débat collectif et de la participation civique amène Lefort à penser le caractère « sauvage » de la démocratie, au sein de laquelle les droits (de l'homme) sont le résultat de conflits passés et de lutte présentes : la dimension progressiste de la démocratie est le résultat de la contestation des exclus et de leurs revendications.

Dans un registre similaire, on peut penser l'être-ensemble en le rapportant à un principe universel, comme la Raison. Force est de constater que l'accès à la Raison est l'apanage de l'individu singulier. Une institutionnalisation d'une telle Raison ou Vérité produirait un système composé d'espaces figés et, de ce fait, injustes. De ce fait, une valorisation des droits de l'homme peut être liée au caractère « illimité » de la démocratie. Ce qui n'indique pas la poursuite nauséabonde des désirs et intérêts individuels, mais le geste, autorisé par les droits, par lequel « les sujets déplacent sans cesse les limites du public et du privé, du social et du politique »⁴⁶.

Ce n'est que pour autant que les droits de l'homme autorisent, dans le cadre d'un « mouvement perpétuel »⁴⁷ la recomposition sociale et la redéfinition permanente des limites au sein des régimes démocratiques qu'ils ont une vocation proprement politique. La lutte pour ces droits ouvre sur la capacité proprement politique des hommes, pour autant qu'ils sont pensés comme droits « à la condition humaine elle-même, qui dépend de l'appartenance à une

⁴⁴ Cf. Karl Marx, *La question juive*, trad. J.-M. Palmier, édition numérique de la Bibliothèque de l'Université du Québec, consultée sur http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/question_juive/question_juive.pdf, le 15 août 2015.

⁴⁵ Claude Lefort, « Droits de l'homme et politique » in *Idem, L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris, 1994, p. 58.

⁴⁶ Justine Lacroix, « Droits de l'homme et politique », in *La vie des idées*, 11 septembre 2012, consulté sur <http://www.laviedesidees.fr/Droits-de-l-homme-et-politique.html>, le 16 août 2015.

⁴⁷ *Ibidem*.

communauté humaine »⁴⁸ ou, pour reprendre Judith Butler, comme le droit de « rejeter les vocabulaires au sein desquels nous avons été formés et qu'on n'a pas choisis [...] et de déterminer les termes légaux et linguistiques de nos vies corporelles »⁴⁹.

⁴⁸ Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Gallimard, Paris, 2012, p. 873.

⁴⁹ « Judith Butler on gender and the trans experience: 'One should be free to determine the course of one's gendered life' » consulté sur <http://www.versobooks.com/blogs/2009-judith-butler-on-gender-and-the-trans-experience-one-should-be-free-to-determine-the-course-of-one-s-gendered-life>, le 16 août 2015.